

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2007120090

UDC _____

厦门大学

硕士学位论文

债的抵销制度相关问题探讨

Discuss the System of the Counteraction off Debts

谢利党

指导教师姓名: 朱泉鹰 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2011 年 11 月

论文答辩时间: 2011 年 月

学位授予日期: 2011 年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2011 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

抵销作为一种债的消灭方式，其具有简单、便捷、公平及担保功能等特点，是民法中一项古老而重要的制度。从世界范围看，大多数的大陆法系国家及一些英美法系国家经过长期不懈的探索，都在很大程度上发展了抵销制度，建立了较为完善的学说和立法。然而，由于我国的立法对抵销制度在实体法及程序法上均缺乏明确的规定，导致了在实践中对抵销案件的审理存在适用法律的困难，影响了实体的公正及诉讼的效率。随着我国市场经济不断发展，交易相互性越来越明显，涉及抵销的案件也越来越多，因此从理论上探讨解决抵销实践中存在的问题的方法，完善我国的抵销理论及立法的不足就显得尤为重要。本文通过对实践中发生的案例进行分析，提出该案存在超过诉讼时效债权能否作为主动债权为抵销，及在诉讼中主张抵销应按抗辩还是按反诉处理的理论问题。并通过对两大法系关于抵销的基本理论及相关国家抵销立法的研究，对抵销的概念和类型、性质和功能，法定抵销的行使条件，超过诉讼时效债权的抵销，以及抵销在诉讼中的行使方式等问题进行论述，在认同适于抵销的债权不论是否超过诉讼时效均可抵销基础上，又从抗辩权理论角度延伸思考，提出新的观点供学界探讨。并基于我国目前缺乏完善的辩论制度及既判力理论的现实，从我国现有的诉讼理论及立法现状考虑，主张对诉讼上抵销应以反诉的方式进行。希望通过本文研究，能对涉及抵销案件的审理提供理论参考，亦希望对完善我国的抵销制度有所裨益。

本文主体部分共分为四章。第一章抵销概述，对抵销的概念和类型、性质和功能进行阐述；第二章法定抵销的行使条件，对法定抵销的积极要件、消极要件进行阐述；第三章超过诉讼时效债权的抵销，介绍学界的观点并进行理论评析，提出新的思路；第四章抵销在诉讼中的行使，主要论述诉讼上的抵销应以反诉模式进行。

关键词：抵销；诉讼时效；诉讼上抵销

ABSTRACT

As a way settling debts, counteraction, which has the characteristics of swiftness, convenience and fairness and the utility of guaranty, is an ancient and important system in the civil law. Taken the world over, most of the civil law countries and the common law countries have forged their system of counteraction as well as their comparatively complete doctrines and laws. However, in China, not only the lack of definite stipulations as regards counteraction in both the substantive law and the procedural law has given rise to the difficulties of the application of law in empirical work, but also it has had impacts on the efficiency of litigation and substantive justice. Along with the progress of the market economy, reciprocity manifests itself in transactions and more and more cases concerned with the counteraction of debts are flooding into the court. Thus, it is critical to discuss in theory the approaches of settling those problems emerging in practice and improve both our theories and laws. Basing on the analysis of an empirical case, the questions of whether a creditor who sues when the limitation of action has expired could claim a set-off and whether such a claim shall be regarded as demur or a counterclaim are put forward. Also, through the study of the basic theories and legislations regarding counteraction in the two law systems and other relevant countries, this dissertation explores the concepts, types, functions and the preconditions of using counteraction and the counteraction used when the limitation of action has expired etc. On the basis of accepting that the debts which are suited to be counteracted should be allowed for counteraction as well as taking the theory of demur further, new views are covered in the dissertation for discussion of the law field. Considering our current litigation cultures and legislation, it is also proposed that a claim of counteraction shall be regarded as a counterclaim. The aim is to furnish some theoretical reference to the trial of cases concerned with

counteraction and benefits to the progress of our system.

This dissertation is devoted to four parts: Chapter 1 Introducing briefly counteraction, including its concept, types, natures and functions; Chapter 2 The preconditions of using counteraction; Chapter 3 Counteracting when the limitation of action has expired, introducing the views popular with the law field, proposing a new point of view; Chapter 4 The employment of counteraction in litigation, mainly discussing that a claim of counteraction should be regarded as a counterclaim.

Key words: Counteraction; The limitation of action; Counteraction in litigation

目 录

前 言.....	1
第一章 抵销概述	3
第一节 抵销的概念和类型	3
一、抵销的概念.....	3
二、抵销的类型.....	3
第二节 抵销的性质和功能	6
一、抵销的性质及其学理依据.....	6
二、抵销的功能.....	10
第二章 法定抵销的行使条件	13
第一节 法定抵销的积极要件	13
一、当事人双方的债权具有相互性.....	13
二、双方债权合法有效存在.....	14
三、双方债权的标的物的种类、品质相同.....	16
四、双方债权已届清偿期.....	17
第二节 法定抵销的消极要件	19
一、依债的性质不得抵销.....	19
二、法定不得抵销之债.....	19
三、依当事人间禁止抵销之约定不得抵销.....	21
第三章 超过诉讼时效债权的抵销	22
第一节 超过诉讼时效债权抵销之学界观点	22
一、否定说.....	22
二、肯定说.....	22
三、抵销适状说.....	23

第二节 对学界观点的理论评析	24
一、对否定说的分析.....	24
二、对肯定说的分析.....	24
三、对抵销适状说的分析.....	25
第三节 对超过诉讼时效债权抵销的延伸思考	26
第四章 抵销的行使方式	28
第一节 抵销在诉讼外的行使	28
一、需由主张抵销的一方当事人向对方作出抵销的意思表示.....	28
二、抵销权的行使属于单独的行为.....	28
三、意思表示应当到达对方当事人.....	28
四、抵销的意思表示不得附有条件或者附有期限.....	29
第二节 抵销在诉讼中的行使	29
一、诉讼上抵销的含义及特征.....	30
二、诉讼上抵销的性质.....	31
三、诉讼上抵销的意义及价值.....	33
四、我国诉讼上抵销模式的构建.....	35
结 语.....	42
参考文献	43

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 An Introduction to Counteraction	3
Subchapter 1 The concepts and types of counteraction	3
Section 1 The concepts of counteraction	3
Section 2 The types of counteraction.....	3
Subchapter 2 The nature and utility of counteraction	6
Section 1 Its nature and theoretical premise	6
Section 2 Its utility	10
Chapter 2 The preconditions of counteracting legally	13
Subchapter 1 The positive conditions of counteracting legally	13
Section 1 The parties owns debts mutually.....	13
Section 2 Both parties' debts are legal	14
Section3 The nature and types of the parties' debts are the same.....	16
Section 4 Both parties' debts have expired	17
Subchapter 2 The negative conditions of counteracting legally	19
Section 1 Debts are not allowed to be offset because of their nature	19
Section2 Debts are prohibited to be offset by law	19
Section3 Debts cannot be offset in accordance with the agreement of the parties.....	21
Chapter 3 Counteracting when the limitation of litigation expires	22
Subchapter 1 The views in the law field as regards counteracting when the limitation of action has expired.....	22
Section 1 The theory of approval.....	22

Section 2	The theory of opposition.....	22
Section 3	The theory of “debts suited to be offset”	23
Subchapter 2	The analysis of the views in the law field	24
Section 1	The analysis of the theory of approval.....	24
Section 2	The analysis of the theory of opposition.....	24
Section 3	The analysis of the theory of “debts suited to be offset”	25
Subchapter 3	Further thinking about counteracting when the limitation of action has expired.....	26
Chapter 4	The approaches of using counteraction outside the court	28
Subchapter 1	The employment of counteraction	28
Section 1	One side of the parties shall propose counteraction to the other side	28
Section 2	The proposal of counteraction is an individual action	28
Section 3	The proposal shall reach the other side.....	28
Section 4	The proposal shall not be attached with any conditions or terms	29
Subchapter 2	The use of counteraction in actions	29
Section 1	The implications of counteraction in actions	30
Section 2	The nature of counteraction in actions.....	31
Section 3	The significance and value of counteraction in actions	33
Section 4	How to develop our system of counteraction in actions	35
Conclusion	42
Bibliography	43

前 言

一、问题的提出

1995 年 8 月，原告向村基金会贷款 10500 元，贷款期限为一年，原告逾期未还，村基金会曾于 2000 年 2 月向原告催收未果。2001 年，村基金会因政策原因而解散，原告的贷款亦未归还。2009 年 5 月，被告村委会经村民会议讨论决定对征地补偿款进行分配，原告应分得 7316 元。但被告村委会主张村基金会解散后的债权债务已转给村委会，因原告未偿还贷款，故将应分配给原告的征地补偿款 7316 元与原告欠原村基金会的贷款 10500 元相抵扣而不予支付。原告遂于 2010 年 1 月提起诉讼，要求村委会支付土地补偿款 7316 元。诉讼中，原告认为该两种款项系为两种不同的法律关系，而基金会解散后，该贷款也已核销，债务已不存在，且该贷款债务也已超过诉讼时效，因此被告村委会将两款项相抵扣缺乏事实和法律依据。^①

本案在诉讼过程中，存在两个有争议的问题：一是被告村委会主张的贷款债权已超过诉讼时效，其于 2009 年主张抵销是否成立，即超过诉讼时效的债权能否用于抵销债务；二是被告村委会在原告提起的诉讼中主张将两种款项相抵扣，实际上是行使抵销权，但是被告村委会只提出抗辩而未提起反诉，法院是否应予审理、裁判，即主张抵销是以抗辩方式还是应以反诉方式提出。

二、研究目的及意义

抵销是适用范围非常广泛的一项制度，但在我国仅于合同法中用两个条文对其作了极其简单的规定。而这样简单的规定，对于债务抵销制度来说是极其粗糙的，且存在诸多的不足与遗漏。这不但影响了我国合同法的立法水平，在实践中亦难以操作，已在一定程度上影响到审判的公正性，

^① 案情根据福建省邵武市人民法院（2010）邵民初字第 406 号民事判决书整理。

损害当事人之间的公平性。尽管我国的教科书对此问题部有所阐述，但就笔者目前所收集的资料来看，学界对抵销制度作系统探讨、研究的亦不多见。特别是从前述案例反映出来的问题来看，我国合同法对于超过诉讼时效债权能否作为主动债权主张抵销、在诉讼中行使抵销权是抗辩还是反诉等问题则根本未涉及，造成实务中存在认识上的模糊性，存在各不相同的观点。而抵销权的行使关系到债权债务当事人的利益，其在降低交易成本、简化清偿、加速财产关系流转等方面发挥着重要作用。因此，研究探讨如何完善抵销实践中存在的这些问题，对于维护公平、正义，提高诉讼效率，具有非常现实的意义。为此本文尝试在已有研究的基础上对前述案例中存在的两个问题作进一步的探讨，以期能为涉及抵销案件的处理提供一些思路，也为我国抵销制度的完善积累一些经验。

第一章 抵销概述

第一节 抵销的概念和类型

一、抵销的概念

抵销^①是民法中的一项重要法律制度，世界各国基本都有关于债的抵销的规定，但是对于抵销的概念，各国立法和法理上尚没有达成完全的一致。抵销制度源于罗马法，在罗马法中，抵销是指债权和债务的相互消除。^②大陆法系大多认为，抵消者，谓二人互负债务而其给付种类相同，得以其债务与他方之债务，按对等数额使其相互消灭之意思表示也。^③英美法系国家则使用了原始请求权、交叉请求权的概念，认为在债权人要求其债务人清偿债(原始请求权)，而债务人持有对债权人的交叉请求权的情形下，如债务人能用他的交叉请求权减少或消灭债权人的请求权金额，则可以说债务人作了抵销。^④我国的通说，抵销是指二人互负债务时，各以其债权充当债务之清偿，而使其债务与对方的债务在对等额内相互消灭。^⑤虽然由于受各国的历史文化传统、法律观念、立法政策等因素影响，对于抵销概念的表述各不相同，但是其所要表达的意思和本质都一样，即从抵销的效果来说，抵销既消灭了互负的债务，也消灭了互享的债权，所以抵销是债消灭的原因之一。在抵销的法律关系中，主张抵销的债权，属于债务人的债权，称为主动债权，或自动债权、能动债权；被抵销的债权，属于债权人的债权，称为被动债权，或受动债权、反对债权。

二、抵销的类型

由于各国在法律渊源、法律结构、诉讼程序上各不相同，对于抵销的

^① 有学者提出用“抵消”一词取代“抵销”，因“抵销”一词在很多现代汉语词典中并无出处。但是考虑到“抵销”一词系我国法律文本中多年沿袭的正式用语，因此本文仍统一使用“抵销”的措辞。

^② [意]桑德罗·斯契巴尼. 契约之债与准契约之债 [M]. 丁玫译, 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 443.

^③ 史尚宽. 债法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 845-846.

^④ 沈达明, 编著. 国际金融法上的抵销权 [M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 1999. 4.

^⑤ 王家福. 中国民法学民法债权 [M]. 北京: 法律出版社, 1991. 201; 崔建远, 主编. 合同法(第三版) [M]. 北京: 法律出版社, 2003. 209; 张广兴. 债法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 1997. 268.

分类，目前尚无被普遍接受的分类标准。英美法系的抵销有独立抵销、结算帐户抵销、交易抵销、合同抵销、诉讼中的抵销、基金抵销以及破产法上的抵销等几种，^①而按照其产生的根据及诉讼程序的不同则又可分为普通法上的抵销、衡平法上的抵销和破产法上的抵销。大陆法系的抵销主要分为民法上的抵销与破产法上的抵销，其中民法上的抵销，按照产生的根据不同，又分为法定抵销、合意抵销。本文基于大陆法系的分类，从广义上将抵销概括为法定抵销、约定抵销、和破产抵销。

（一）法定抵销

法定抵销由法律规定其构成要件，当要件具备时，依当事人一方的意思表示即可发生抵销的效力。依当事人一方的意思表示即可发生抵销效力的权利，称为抵销权。法定抵销是抵销的典型形式，也可以称之为抵销的一般形式，只要具备了法律所规定的条件，抵销即可产生，无须当事人的合意。但世界各国对法定抵销所采取的立法态度有所不同。有的采取当然抵销主义，即在具备法定抵销的条件时，无须当事人作出抵销的意思表示，即当然地发生抵销的效力。如《法国民法典》第 1290 条规定：“债务人双方虽均无所知，根据法律的效力仍可发生抵销；两个债务自其共同存在起，在同等的数额的范围内互相消灭。”有的采取形式抵销主义，即在具备法定抵销的条件时，须有当事人一方作出抵销的意思表示，才能发生抵销的效力。如《德国民法典》第 388 条规定：“抵销应以意思表示向他方当事人为之”；《瑞士债务法》第 124 条和《日本民法典》第 506 条也作出了与此相同的规定。^②

（二）约定抵销

约定抵销也称为契约上的抵销、合意抵销，是指按照当事人双方的合意所为的抵销。它重视当事人的意思自由，可不受法律规定的构成要件的限制，当事人只须就抵销达成合意，即可发生效力。当事人据此订立的合同，叫作抵销合同，其性质与一般合同相类似，为诺成、不要式合同，为

^① WOOD, PHILIP R. Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting[M]. Sweet&Maxwell, London 1995.152.

^②刘景一. 合同法新论 [M]. 北京：人民法院出版社，1998. 441.

双务、有偿合同。双方互负的债务，于抵销合同成立时消灭。而且双方互负之债务，不以属于当事人的债务为限，给付种类亦不需相同，履行期限也无须均已届期，即使禁止抵销的债务，亦得依抵销合同消灭。^①也就是说，只要互负债务的当事人双方就债务进行抵销达成合意，则可发生抵销的效果，使双方的债务在相等额度内发生消灭。

（三）破产抵销

破产法上的抵销简称破产抵销，是在债权人对破产企业负有债务时，于破产清算前所进行的抵销。^②破产抵销是抵销制度在破产程序中的延伸。在破产抵销中，当事人可通过行使抵销权在对等数额内完全实现债权。除法国及拉美的一些国家禁止破产抵销外，许多国家和地区均在其破产立法中对抵销予以规定。如日本破产法第98条规定：“破产债权人在破产宣告的当时对破产人负担债务的，得按破产程序予以抵销。”美国联邦破产法第553条也规定了抵销。我国《破产法》第33条亦规定：“债权人对破产企业负有债务的，可以在破产清算前抵销。”承认破产抵销的理由主要是：一是抵销制度是为了担保担保性功能，通过行使抵销权，而不根据破产手续就能优先得到清偿；二是如果不允许抵销，就会产生不公平的现象，即：自己欠破产财团的债务，被要求作出全面的履行；与此相对，自己拥有的债权，则作为破产债权，只能受到按比例的平均的分配(清偿)。然而，破产抵销制度虽然确实保障了抵销权人和破产人之间的平等，却使得抵销权人在破产分配中拥有一种特权，足以获得比一般债权人更高比例的清偿甚至足额清偿。因此，破产法上的抵销制度，被看作“是破产债权只能依破产程序分配清偿的例外”，^③故必须对其作出适当的限制，才能同时兼顾全体债权人的利益，从而避免因破产抵销而产生“偏颇的平等”。

^①邱聪智. 新订民法债编通则(下) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003. 471.

^②房绍坤、郭明瑞、唐广良. 民商法原理(三) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999. 305.

^③王欣新. 破产法专题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2002. 208

第二节 抵销的性质和功能

一、抵销的性质及其学理依据

（一）抵销的性质

关于抵销的性质，因各方对于抵销方法的见解不同，而有不同的观点，主要有事件说、非实体法上的法律行为说、单独行为说。

1、事件说

该说认为，在自动抵销的情形下，当事人互负的债务只要具备法定抵销要件，从二者同时存在之日起便自动相互消灭，无须当事人意思表示，即使当事人不知道抵销的存在亦同，因此抵销属事件。如《法国民法典》第 1290 条规定：债务人双方虽均无所知，依法律的效力仍可发生抵销；两个债务自其同时存在之时起，于同等数额的范围内互相消灭。^①该学说与立法的优点在于有利于充分保障债权人的债权，但是它违反了当事人意思自治的基本原则，忽视了当事人的主观意愿。抵销是法律规定由当事人采取的自助或自我满足的方法，对于当事人是以履行债务的方式或是以抵销的方法消灭债务，属当事人自由选择的权利，法律不宜强制规定。事件说存在于采当然抵销立法例的法国，而在采单方意思表示立法例的德国，则不具备其生存的土壤。

2、非实体法上的法律行为说

该说认为，抵销仅得以依审判上的方式行使，抵销只是一种抗辩的依据，不是一种实体请求权。^②该说只有在采抵销必须经过法院认可的立法例中才有其存在的基础。而其片面性在合意抵销及采抵销单方意思表示说的立法例中则暴露无遗，因当事人之间订立抵销协议以及抵销权人行使抵销权显然是一种实体法上的法律行为，当事人根本无须经过诉讼，即可实现抵销债务的目的。

^①厉莉.法定抵销制度研究（硕士学位论文）[D].烟台：烟台大学，2008.3.

^②同上。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库